

Prisão em flagrante

FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO(*)
Promotor de Justiça - SP

SUMÁRIO: I - Introdução e Conceito. 2 - Pressupostos Fáticos de Admissibilidade e Espécies de Flagrante. 3 - Legitimidade para a Efetivação do Flagrante. 4 - O Sujeito Passivo da Prisão. 5 - Auto de Prisão em Flagrante: Requisitos Formais. 6 - Relaxamento da Prisão. 7 - Flagrante Forjado, Esperado e Provocado.

1 - Introdução e Conceito.

Prisão, em síntese, consiste na segregação de alguém, no seu recolhimento ao cárcere, com a conseqüente privação da liberdade.

É a prisão em flagrante modalidade de prisão provisória ou *ad processum* diferindo, conseqüentemente, da prisão executória ou *ad poenam*.⁽¹⁾

Não obstante rotule a lei de **flagrante delito** a modalidade de prisão em epígrafe, alcança e abrange ela não somente os crimes mas ainda as contravenções penais, posto empregue a norma em sua dicção legal, ao elencar as hipóteses permissivas do flagrante, a expressão **infração penal**, mais compreensiva. Ademais, ao tempo do processo judicial-forme das contravenções, uma das maneiras de sua instauração ressumbrava do auto de prisão em flagrante.

Entende-se em flagrante delito o autor de crime ou contravenção que é colhido e surpreendido em pleno envolvimento com a infração, *id est*, antes que se pusesse a bom recato e lograsse afastar de si as evidências fáticas imediatas que o acrisolam e vinculam com o fato típico cometido. Representa flagrar o delinqüente ainda em contato com a infração, revelando a imediata constatação ou percepção do fato e de sua autoria.

Denota o flagrante penal, portanto, como reiteradamente enfatizam os doutrinadores, a certeza visual do ilícito penal, pois transmite a idéia de algo ardente, de atualidade palpante, surpreendido em plena crepitação.⁽²⁾

(*) Professor de Direito nas Faculdades de São José dos Campos (SP) e Taubaté (SP).

1 - sobre o assunto, ver nosso artigo "Detração Penal", in RT 698/294.

2 - Walter P. Acosta, "O Processo Penal", Editora do Autor, 8ª edição, 1971, pág. 37.

Por conseguinte, emerge do flagrante a evidência da autoria do crime ou contravenção, de sorte que a prisão dele decorrente se justifica por estampar probatoriamente uma relativa certeza do ilícito, ou, na expressão de Tornaghi, a mais eloqüente prova de autoria de um fato típico.⁽³⁾

Ressombra o flagrante de mera casualidade.

Assim, dada a conotação casual ou acidental do flagrante, andou bem o legislador em determinar, com a reforma operada pela Lei nº 6.416/77, que a segregação dele resultante só seja mantida quando também ocorrentes motivos permissivos de decretação da prisão preventiva (parágrafo único, art. 310, CPP), ressaltando dessa forma o aspecto necessário do flagrante. Efetivamente: tão apenas por ter sido surpreendido no cometer o delito, poderia o réu permanecer preso, por mera casualidade, enquanto seus cúmplices ou o autor de outro crime, quicá portadores de periculosidade maior, aguardariam soltos o pronunciamento da Justiça, por não terem sido flagrados.

Nessa conjuntura, a manutenção da segregação resultante do flagrante, hodiernamente, somente ocorre se, paralela e simultaneamente, subsistir ou houver alguma razão que justificasse a decretação da prisão preventiva.⁽⁴⁾ Inexistente esse motivo, ao detido há de ser concedido o benefício da liberdade provisória (art. 310, parágrafo único, CPP).

Decorrendo de mera casualidade a prisão em flagrante, crível e irrefragável é que, ao reverso do que sucede com as demais espécies de prisão, prescinde de ordem escrita da autoridade judiciária. A razão é óbvia: desconhecendo-se, via de regra, como, onde e quando o fato típico será perpetrado, curial é que não poderá a autoridade, antecipada e precedentemente, obter ordem escrita que legitime a segregação, pois esta se efetiva por acaso, ao colher-se o delinqüente no evoluir próximo ou mediato com a infração. Todavia, isto não significa nem tem a conotação de prisão efetuada *sine judicio*, sem o controle jurisdicional, eis que, no flagrante, esse controle se realiza a *posteriori*, com a comunicação da prisão.⁽⁵⁾

A prisão em flagrante, porém, para a proclamação de sua legitimidade, sob pena de relaxamento (nº 6), há de fulcrar-se em pressupostos fáticos que a autorizem e deve ater-se aos requisitos formais inerentes à lavratura do respectivo auto, a seguir examinados.

2 - Pressupostos fáticos de admissibilidade e espécies de flagrante.

Como vimos de ver, desponta do flagrante a decantada certeza visual do crime, ostentando ele, pois, indiscutível e inconcussa evidência probatória do fato típico, pela captação de suas evidências.

Esse conteúdo ou valor probatório do flagrante, no entanto, é variável segundo a modalidade ou espécie de flagrante que se desenhe.

De feito.

Previu a lei processual penal três diferentes espécies de flagrante, enumerando-as em ordem decrescente em relação à certeza do fato, fazendo-as diversificar da chama ardente e crepitante até os vestígios quentes ou cinzas ainda fumegantes.⁽⁶⁾

Assim, uma situação é presenciar-se alguém em franca, manifesta e clamorosa atividade criminosa, no calor da ação; outra é colhê-lo com o objeto ou instrumento de um crime algum tempo depois de seu cometimento.

3 - apud Fernando da Costa Tourinho Filho, "Processo Penal", Saraiva, 1986, III/377.

4 - sobre a prisão preventiva e os motivos permissivos de sua decretação, cf. nosso "Processo Penal - O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites", Forense, 1986, págs. 74 usque 102.

5 - cf. José Frederico Marques, "Elementos de Direito Processual Penal", Forense, 1961, IV/30.

6 - cf. Magalhães Noronha, que se louva no escolho de Garraud, em "Curso de Direito Processual Penal", Saraiva, 1972, págs. 153 e 155.

Daí a distribuição classificatória do flagrante, em relação à sua evidência probatória, em flagrante próprio, flagrante impróprio ou quase flagrante e flagrante ficto ou presumido.

Agregam-se na primeira espécie declinada (flagrante próprio), com diversificação todavia quanto à visualidade probatória, as hipóteses elencadas nos incisos I e II do artigo 302 do diploma penal adjetivo, que se referem àquele que é surpreendido quando está cometendo o fato típico (nº I) ou acaba de cometê-lo (nº II).

No primeiro caso, é o agente surpreendido e colhido em pleno evoluir dos atos de execução do fato típico, quando está em franca atividade delituosa para a sua perpetração. Dessa forma, é o detido apanhado quando vibrava golpes de faca contra a vítima, ou quando, no interior de residência alheia invadida, estava a colocar numa valise ou sacola os objetos de valor encontrados ou, ainda, quando se encontrava realizando manobras abortivas em mulher grávida...

Na segunda hipótese, já exauriu o autor do fato a sua execução, encontrando-se, todavia, ainda no local que serviu de palco à infração ou nas suas cercanias e imediações, mas em imediata relação pessoal com o episódio, evidenciando desse modo a sua atualidade. Assim, é o detido preso quando estava debruçado sobre o cadáver, empunhando a arma assassina nas mãos, com as roupas em desalinho e manchadas de sangue, ou quando se afastava de domicílio alheio com uma sacola e valores que carregava.

Nas duas situações postas o flagrante é próprio, decrescendo porém sua veemência da primeira para a segunda, pois nesta há uma presunção, embora dotada de robustez e vigor, de ser o detido o autor do fato típico. A presunção, todavia, pode não corresponder à realidade.

De tal arte, perlua Magalhães Noronha, uma coisa é ver-se um indivíduo desferir uma facada em outro, matando-o; outra é encontrar-se uma pessoa com um revólver na mão junto à que acaba de ser assassinada, pois a arma pode ser do assassino que, na precipitação da fuga, a perdeu ou até da própria vítima⁽⁷⁾, podendo ainda apresentar o detido suas roupas em desalinho ou manchadas de sangue ao procurar socorrer e acudir a vítima.⁽⁸⁾

Entende-se em flagrante delito, porque está cometendo a infração penal, aquele que é surpreendido durante o protraimento do momento consumativo nos crimes permanentes (cf. art. 303, CPP).

Permanentes são os delitos nos quais, atingido o bem jurídico pelo comportamento delituoso do sujeito ativo, verifica-se a projeção desse estado de lesão ao direito no decorrer do tempo, protraindo o crime seu momento consumativo, que, dessa forma, persiste, persevera e permanece após a ação e integração da figura típica por obra e vontade do delinquente, que desenvolve atividade paralela para esse protraimento e tem o pleno domínio e o controle dos fatos.⁽⁹⁾

Nos crimes permanentes, a consumação não se esgota num só momento, perdurando por um período mais ou menos prolongado. Conforme enfatiza Marcello Gallo, no delito permanente o sujeito ativo produz com a própria conduta um estado de antijuridicidade que perdura segundo os ditames de sua vontade.⁽¹⁰⁾

Nessa conjuntura, inconfutável e inconcusso ressurre que, preso o sujeito ativo do seqüestro (art. 148, CP) tempos depois de ter privado a vítima de sua liberdade, mas quando ainda a mantinha em cativo sob vigilância, o flagrante encontra embasamento jurídico da admissibilidade.

7 - ob. cit., pág. 153.

8 - Julio Fabbrini Mirabete, "Processo Penal", Ed. Atlas, 1991, pág. 355.

9 - sobre o assunto, cf. nosso "Direito Penal - Estrutura do Crime - Parte Geral", Ed. Universitária de Direito - LEUD, 1993, págs. 140-145.

10 - apud J. Frederico Marques, "Tratado de Direito Penal", Saraiva, 1965, II/274.

O mesmo se diga do delito de desobediência (art. 330, CP), que legitima o flagrante enquanto o sujeito ativo do crime recalcitra e não acata a ordem legal que lhe fora dada.

Tratando-se porém do crime de bigamia (art. 235, CP), insofismável é que o flagrante efetuado após o segundo é ilícito matrimônio, durante o período em que os "cônjuges" convivam sob o mesmo teto, carecerá de pressuposto fático de legitimidade. Isso porque a bigamia, no que atine com o estado de lesão ao bem jurídico tutelado, se alonga e perdura no tempo independentemente da vontade do sujeito ativo, que não exerce atividade paralela à consumação e não tem, conseqüentemente, o pleno domínio dos fatos. De tal arte, bigamia é delito instantâneo. A ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado perdura ainda que o bigamo deixe de viver sob o mesmo teto com seu cônjuge, abandonando-o. Desse modo, a prisão em flagrante no crime de bigamia somente tem azo legítimo à efetivação durante as malsinadas núpcias ou imediatamente depois (durante a festividade comemorativa, exemplificativamente).⁽¹¹⁾

Diversa é a ótica, contudo, se se tratar de delito habitual.

Crime habitual é aquele que pressupõe, para que tome configuração jurídica, a prática reiterada, constante, recalcitrante e persistente do elemento nuclear.

Ressurre o crime tipicamente delineado, portanto, somente quando a ação se integre com práticas sucessivas e em cadeia, representando, numa imagem de contexto, verdadeiro estilo ou hábito de vida do agente, o seu *modus vivendi*.

Nessa espécie de delito, ao comportamento humano isoladamente considerado não advém descortino típico. Se a ação, dessarte, é praticada ocasional e esporadicamente, diluída e esparsa no tempo, representa um indiferente penal, um acontecimento estranho aos domínios repressivos. Só a reiteração do comportamento, denotando atividade obstinada e opiniática, transluz e corporifica o crime. Daí a denominação que recebe: crime habitual.

Em sentido figurado, imaginemos que tivesse o delito habitual o aspecto de uma corrente. Esta apenas se forma através da junção de diversos elos. Um só elo, solto e separado do conjunto, nenhuma significação ou utilidade apresenta. Por conseguinte, ou a conduta do sujeito ativo estampa uma cadeia de elos, configurando o crime, ou, isolado e ocasional seu comportamento, sem sucessividade, nada representará em termos penais.⁽¹²⁾

Embora reine e grasse certa controvérsia a respeito, não é cabível prisão em flagrante relativa a delito habitual.

De feito.

O tipo do crime habitual integra-se com a prática de várias ações. Surpreendendo o agente na prática de um só ato, o auto de prisão apenas retratará o ato insulado. Não os demais integrantes do conjunto. Assim, constituindo o ato isolado um indiferente legal, evidente que o auto de prisão não estampará, em sua visualidade, o tipo legal, mas sim uma das ações que o integram. Se o flagrante é, por assim dizer, um retrato fiel da infração, na hipótese de flagrância em crime habitual não haveria um retrato do corpo inteiro, mas somente de uma parte dele, incapaz de servir de elemento para identificá-lo.⁽¹³⁾

O quase-flagrante ou flagrante impróprio emerge de perseguição incessante, empreendida e engendrada, sem solução de continuidade, ao indigitado autor do fato típico, nenhum relevo despontando do interstício temporal que se interponha entre o crime e a captura.

A expressão "logo após", utilizada na norma (art. 302, nº III), não pode ser traduzida por "incontinenti" ou "imediatamente", devendo ser entendida com um pouco mais de

11 - ver nosso "Direito Penal - Estrutura do Crime - Parte Geral", Ed. Universitária de Direito - LEUD, 1993, loc. cit.

12 - sobre o tema, cf. nosso "Direito Penal - Parte Geral - Estrutura do Crime", Ed. Universitária de Direito - LEUD, 1993, págs. 102-104.

13 - cf. Fernando da Costa Tourinho Filho, "Processo Penal", Saraiva, 1986, III/390-391, e RT 199/440, 205/368, 242/56, 250/72, 265/94, 271/72, 283/70, 331/78, 465/277, 469/289, 490/310.

elasticidade, para compreender e abranger um momento vizinho e próximo da infração penal. Por essa razão, a expressão epígrafa não há de ser cronometrada, não se podendo portanto circunscrever a sua proximidade com o delito a um número temporal qualquer.

Dessa forma, em caso de roubo, *verbi gratia*, perseguidos os assaltantes sem qualquer hiato ou interrupção no encalço, pouco importa que a perseguição perdure por horas ou dias, estendendo-se por diversas circunscrições territoriais. Inexistindo solução de continuidade, a prisão, pela captura, pode efetivar-se a qualquer instante, com intervalo de horas⁽¹⁴⁾ ou mesmo dias⁽¹⁵⁾, sendo totalmente despidos de embasamento jurídico e equivocado o conceito popular de não ser azado o flagrante vinte e quatro ou quarenta e oito horas após o cometimento do fato típico. Não há qualquer critério temporal fixado, tudo se cingindo e circunscrevendo, unicamente, à exatidão, subsunção, fidelidade e adequação da hipótese ao pressuposto fático erigido pela lei processual.

"A perseguição ao indiciado é que deve ser logo depois de cometida a infração e não o momento da prisão. Este pode acontecer muito tempo depois, desde que a perseguição se deu logo após o delito" (RT 509/388).

Como consignou o Juiz Chiaradia Netto, a expressão "logo após", empregada na dicção legal, não é de ser medida com o relógio na mão, cronometrada, pois, recebida e empregada por uma lei jurídica, deve ser vista e analisada juridicamente.^(15-A)

A perseguição que outorga azo e ensanchas de legitimidade ao flagrante, contudo, não pode ser confundida com mera "diligência policial feliz", *id est*, com o simples ato de procura coroado de êxito.

Perseguir é rastrear; é estar no encalço de determinada pessoa; é seguir o caminho por ela tomado, para encontrá-la.

Procura, com posterior encontro, não se confunde com perseguição e conseqüente captura. Por esse motivo, a perseguição não há de ser desordenada, devendo ser entendida como a ação de procura e encalço dos meliantes, não a esmo ou aleatoriamente, mas possuindo-se como ponto de partida rumo, itinerário e trajetória certos e definidos.

Não quebra a continuidade a substituição ou alternância de perseguidores, desde que não haja interrupção da perseguição.^(15-B)

Intentando o autor da infração homiziar-se na própria casa ou em domicílio alheio, insta que se observe e acate o preceito do artigo 293 do Código de Processo, *ex vi* da remissão feita pelo artigo 294.

Flagrante ficto ou presumido, hipótese insculpida no inciso IV do artigo 302 do CPP, ocorre ao ser o detido encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Como obtempera Magalhães Noronha, a pessoa, agora, é encontrada: não há perseguição, mas encontro⁽¹⁶⁾, nenhum relevo denotando se encontrada por mero acaso ou se porque foi procurada.⁽¹⁷⁾

O detido, entretanto, há de ser encontrado com coisas que façam presumir ter sido ele o autor da infração (pé de cabra, gazua, capuz, armas, documentos em branco ou adulterados...).

No entanto, a simples posse de dinheiro, que com o fato típico teria sido obtido, como o mais fungível dos bens, não serve – em princípio – para delinear a presunção de autoria, pois não estampa aquela individualidade, com relação à infração cometida, exigida às coisas que caracterizam a presunção de flagrância. Se, porém, a importância encon-

14 - RT 541/367, 579/443, 606/395.

15 - RT 574/387, 611/411.

15-A - in acórdão publicado na RT 509/388-390.

15-B - Vicente Grecco Filho, "Manual de Processo Penal", Saraiva, 1991, pág. 237.

16 - ob. cit., pág. 155.

17 - Mirabete, ob. cit., pág. 357.

trada corresponder exatamente à quantia que com a infração teria sido obtida, ou se se tratar de moeda estrangeira ou de cédulas de algum modo marcadas, então sim poderá esboçar-se a presunção de autoria.

3 - Legitimidade para a efetivação do flagrante.

Rezando o artigo 301 do diploma penal adjetivo que qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, erigiu e insculpiu uma faculdade e uma regra.

Qualquer pessoa, dessarte, tem a faculdade de prender em flagrante delito quem seja encontrado em uma das situações de legitimidade fática do flagrante, possuindo igual faculdade, à evidência, a própria vítima ou ofendido, eis que a expressão qualquer do povo não lhe é excludente, mas compreensiva e abrangente.

Nessa situação, em face da índole administrativa que enverga a prisão em flagrante, têm-se na que é efetuada, como ato facultativo, por qualquer pessoa que se antolhe com a hipótese fática flagrancial, um caso - disse Altavilla - de interessante função pública (ato de polícia) exercida por particular⁽¹⁸⁾.

No que atine com os agentes policiais, a efetivação da prisão em flagrante constitui dever que por lei lhes é imposto (dever legal), de sorte que a omissão voluntária no cumprimento desse dever, além de sujeitar a autoridade omissa às sanções administrativas que couberem, poderá ainda implicar responsabilidade penal pelo delito de prevaricação (art. 319, CP).

Ainda que se cuide de delito submetido à disciplina persecutória da ação penal pública condicionada ou de exclusiva iniciativa privada, não sofre o panorama jurídico do flagrante qualquer alteração pertinente à legitimidade para a sua efetivação.

Com efeito.

O artigo 301 do caderno adjetivo não distingue a espécie de infração penal, editando de forma genérica e ampla o seu preceito. Nessa conjuntura, não há ensanchas para que distinga o exegeta quando a lei não estabeleceu qualquer diversificação.

Dir-se-á, todavia, que a distinção há de ser feita em função da natureza das ações penais, posto que nas duas modalidades citadas, ao reverso do que sucede com a ação penal pública pura e simples, não pode a autoridade proceder *ex officio*, dependendo a atividade persecutória de provocação da vítima ou de seu responsável legal. Desta sorte, a prisão em flagrante, nos casos apontados, somente encontraria viabilidade jurídica se efetuada pela própria vítima ou a seu pedido, manifestado quando da situação flagrancial. Fora daí, defeso e vedado seria o flagrante por qualquer outra pessoa ou mesmo autoridade, só se admitindo a atuação do poder de polícia em sentido meramente preventivo, para obstar o prosseguimento da atividade delitosa ou o escândalo e clamor dela resultantes.

Assim pensa Fernando Tourinho Filho.⁽¹⁹⁾

Dissentimos porém do emérito processualista, alinhando-nos com Mirabete⁽²⁰⁾ Noronha⁽²¹⁾, que admitem a prisão em flagrante, nos moldes do artigo 301 do CPP, mesmo nos casos de ação penal pública condicionada ou de exclusiva iniciativa privada.

De tal arte, flagrado e surpreendido alguém quando mantinha amplexo sexual com menor de quatorze anos (estupro por violência ficta), ou quando, perpetrando ato de vandalismo, quebrava ou riscava automóvel alheio (delito de dano), viável é a intervenção

18 - apud Fernando Tourinho Filho, ob. cit., pág. 377.

19 - ob. cit., pág. 382-3.

20 - ob. cit., pág. 358.

21 - ob. cit., pág. 156-7.

pública direta (por agentes policiais) ou substitutiva (por qualquer do povo) não apenas para obliterar e entrar o prosseguimento da atividade executória delituosa, mas, inclusive, para a efetivação da prisão em flagrante.

No entanto, efetivada a prisão em flagrante, deverá ela ser corroborada e ratificada pela vítima ou seu responsável dentro do prazo para a expedição da nota de culpa (24 horas), devendo a queixa-crime ser oferecida, subsistindo a prisão em crime de ação penal privada, no interregno de cinco dias, por aplicação analógica do artigo 46 do Código de Processo. É inconcebível – salienta Magalhães Noronha – que a prisão em flagrante deva persistir durante os seis meses que tem a vítima para a queixa; se não o fizer dentro do prazo de cinco dias, o direito de querela não desaparece, mas finda-se a prisão em flagrante⁽²²⁾, devendo ser restituído à liberdade o detido.

Sujeito ativo da prisão em flagrante é aquele que, como autoridade ou cidadão, a efetua, recebendo a denominação, no auto de lavratura, de condutor.

Preso alguém em flagrante, há de ser incontinenti apresentado à autoridade, que presidirá a lavratura do auto. Via de regra, é a autoridade policial quem se incumba desse mister. Óbice algum existe, entretanto, de o Juiz presidir o auto^(22-A), consoante se aquilata da ressalva final feita no artigo 307 do Código de Processo Penal. Tendo sido presidida pelo juiz a lavratura do auto de flagrante, crível é que não poderá ele exercer suas funções no processo consequente, pois estará impedido por figurar na condição de vítima ou testemunha.

Entende Fernando Tourinho, contra a opinião de Tornaghi, não possa o Promotor de Justiça presidir o auto de flagrante, uma vez que, tendo feito o preceito do artigo 307 alusão a infração cometida em presença da autoridade, e não de autoridade, pretendeu determiná-la, de modo que a autoridade determinada somente poderá ser aquela que tenha poderes para presidir a lavratura do auto: a autoridade policial ou Juiz.^(22-B)

O critério determinativo da autoridade a quem caiba lavrar o auto de flagrante difere do critério determinativo da competência para a *persecutio criminis in iudicio*. Esta se determina *ratione loci*, ou seja, pelo local de consumação do fato típico (*locus delicti commissi*). A atribuição para a lavratura do auto de flagrante se determina pelo local da captura, da prisão propriamente dita (art. 290, CPP). Assim, pode ocorrer que perpetrada a infração numa comarca, em outra, após perseguição contínua e incessante, seja efetuada a prisão-captura, neste local havendo de ser feita a lavratura do auto, com expedição de nota de culpa e comunicação ao Juízo, que no momento deva remeter os autos do flagrante para a comarca competente para o seu processo e julgamento.

Se no local da captura não houver autoridade policial, incumbirá à do local mais próximo a lavratura do auto (art. 308, CPP).

Todavia, não exercendo a autoridade policial função jurisdicional, insofismável é, como acentua Mirabete, louvando-se em diversos julgados, que inexistente razão para falar-se em incompetência da autoridade policial, sendo válido o auto lavrado por autoridade diversa daquela mencionada na lei.^(22-C)

4 – O sujeito passivo da prisão.

Sujeito passivo da prisão é a pessoa detida, *id est*, quem quer que seja encontrado em flagrante delito, recebendo a denominação de conduzido.

22 – ob. cit., pág. 157.

22-A – RT. 249/88.

22-B – ob. cit., pág. 400.

22-C – ob. cit., pág. 361 e RT 467/351, 491/344, 517/377, 531/364, 542/315, 559/332, 562/297, 585/307, 649/268.

Quem se apresenta espontaneamente à autoridade, após cometido o fato típico, não pode ser preso em flagrante, posto não mais estivesse cometendo a infração penal, não tenha sido encontrado em situação flagrancial (eis que ocorre a apresentação *sponte propria*) e não esteja sendo perseguido. Em suma: a apresentação espontânea esboroa e confuta o flagrante, evitando-o e impedindo-o,⁽²³⁾ embora nada impeça a prisão preventiva (art. 317, CPP).^(23-A)

Os menores de dezoito anos, em razão de sua inimputabilidade penal (art. 27, CP), não podem ser sujeitos passivos de flagrante. Os diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratados e convenções internacionais (art. 1º, nº I, CPP) e o Presidente da República (art. 86, § 3º, CF) igualmente não estão sujeitos ao flagrante. Podem ser autuados em flagrante delito, unicamente nos crimes inafiançáveis, os membros do Congresso Nacional (art. 53, § 1º, CF), os deputados estaduais (Art. 27, § 1º, c.c. art. 53, § 1º, CF), os magistrados (art. 33, II, LOMN), os membros do Ministério Público (art. 20. VIII, LONMP). É lícita a prisão dos alienados mentais, embora inimputáveis, já que a eles pode ser imposta medida de segurança.⁽²⁴⁾

5 – Auto de prisão em flagrante: requisitos formais.

Constitui o auto de flagrante a peça que transluz, corporifica e documenta o ato da captura e da prisão, instando que esta seja precedentemente comunicada à família do detido ou pessoa por ele indicada (art. 5º, nº LXIII, CF). A falta de expressa menção, no auto, da diligência epigrafada o invalida e inquina formalmente, pois a exigência constitucional da comunicação referida foi posta como providência indeclinável e como condição da eficácia jurídica e validade do próprio auto, não se tratando, pois, de mera norma programática, despida de qualquer sanção. O contrário implicaria tornar-se letra morta e vazio de conteúdo efetivo o cânone constitucional. Inválido o flagrante, há de ser ele relaxado (nº 6) e devolvido à liberdade o detido. Porém, a eiva não se transmite à *persecutio criminis in iudicio*, não comprometendo ou contaminando, portanto, a instrução judicial contraditória cognoscitiva. Se a ausência de comunicação provier de falta de indicação do interessado, nulidade alguma haverá (RT 692/280), mesmo porque não pode argüir a terna quem lhe houver dado causa (art. 565, CPP).

Outrossim, não efetuada a comunicação à família do preso, importante é ressaltar-se que a assistência por advogado no momento da lavratura do auto supre-lhe a falta (RT 693/406).

A mesma solução (relaxamento) se impõe se houver omissão, por ocasião do interrogatório do detido no flagrante, da informação de ter o direito de permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII). A omissão, contudo, não torna irritó o teor de confissão prestada.

Na elaboração do auto de prisão em flagrante há de ser o condutor a primeira pessoa a prestar o depoimento (art. 304, CPP), seguindo-se-lhe a oitiva de pelo menos duas testemunhas, face à alusão, no plural, a testemunhas, inscrita no artigo 304, podendo o condutor, para se completar o mínimo legal, ser considerado como testemunha.⁽²⁵⁾ Após, insta seja ouvida a vítima, se houver. A oitiva do ofendido em seguida aos depoimentos

23 – RT 415/54, 517/376, 584/447, 592/393, 596/327, 616/402, 633/332, 652/321.

23-A – Não impedirá a decretação da prisão preventiva a apresentação espontânea do réu (art. 317, CPP), pois, “se assim não fosse, estar-se-ia, evidentemente, protegendo o criminoso astuto, que por esse motivo se furtaria àquela medida” (RT 533/437).

24 – Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., pág. 360-1.

25 – “O condutor do preso não deixa de ser, na realidade, uma testemunha e como tal deve ser considerado quando não se limita ao simples transporte do réu, mas, ao contrário, dá notícia circunstanciada da infração que ele mesmo presenciou” (RT 250/73). No mesmo sentido: RG 538/392, 550/332, 633/318 e Espinola Filho, “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, Livraria Freitas Bastos, 1945, III/354. Contra: Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., pág. 392.

testemunhas resulta de ordem que a prática consagrou. Desse modo, a inversão nas oitivas de testemunhas e vítima não ostenta robustez para conduzir a qualquer irregularidade.

Não havendo testemunhas (quer porque inexistam, quer porque não tenham ainda sido identificadas ou localizadas), sua falta não obstará a lavratura do flagrante, caso em que, segundo soa do artigo 304, § 2º, do diploma penal adjetivo, com o condutor deverão assinar o auto pelo menos duas pessoas que tenham assistido a apresentação do preso à autoridade.

Por derradeiro, como ato que ultima a lavratura do auto de flagrante, deve ser interrogado o detido, alertando-se-o para o direito que tem de permanecer calado (supra).

Assim, erige-se o interrogatório do conduzido como um dos requisitos formais de validade do auto que cristaliza a efetivação da prisão em flagrante (art. 304, CPP).

Por esse motivo, nulo será o auto e, conseqüentemente, inválida a prisão em flagrante efetivada se o preso não for inquirido sobre o fato delituoso e suas circunstâncias.⁽³⁶⁾

De feito.

"A prisão em flagrante, excepcional que é, uma vez que prescinde de ordem escrita da autoridade judiciária, deve conter-se nos estritos limites da lei, sendo, por isso, indeclináveis as cautelas nela previstas, entre as quais se faz sentir, como meio de tutela da liberdade individual, o interrogatório do réu. Desde que o auto se apresente sem esse interrogatório, torna-se irregular, importando tal irregularidade em nulidade insanável, irrito que é" (ac. un. de 23-11-67, da 1ª Câmara, no HC nº 954, de Andradina, rel. Juiz Hoepfner Dutra, no TACrimSP, in RT 388/268-269).⁽³⁷⁾

É, dessarte, o interrogatório formalidade essencial do auto de prisão, devendo sempre ser realizado posteriormente à oitiva do condutor e das testemunhas (cf. RT 269/118). E isso porque "O auto de prisão em flagrante, consoante preceitua a lei adjetiva penal, obedece a uma seqüência obrigatória e ditada pela lógica. Por primeiro é ouvido o condutor, depois as testemunhas e a vítima, se encontrada, e por fim o indiciado. É indispensável que este seja o derradeiro a falar no auto e sua manifestação será balizada pelo que afirmaram as testemunhas e o ofendido" (RT 489/380).

Apenas quando a efetivação do interrogatório resulta impossível dentro do prazo para a entrega da nota de culpa (art. 306), por uma circunstância insuperável e alheia à vontade da autoridade, encontrará a omissão ensanchas para ser relevada, desde – é inconcusso – que o auto consigne e explice a ocorrência.

Dessa forma, e exemplificativamente, não enseja a nulidade da prisão em flagrante efetivada a omissão decorrente do fato de o detido sentir-se mal durante a lavratura do auto,⁽³⁸⁾ ou por encontrar-se embriagado,⁽³⁹⁾ ou ferido no momento da prisão⁽⁴⁰⁾ ou, por momentânea incapacidade física, necessitar de hospitalização⁽⁴¹⁾ ou, ainda, por ele mesmo recusar-se a depor⁽⁴²⁾. Mais: é ainda relevada a ausência de interrogatório do conduzido, registra Tourinho Filho, se é ele estrangeiro e desconhece, totalmente, o idioma nacional, não se logrando encontrar intérprete dentro do prazo; o mesmo se o detido é surdo-mudo analfabeto e não houver pessoa capaz de interpretar-lhe a mimica.^(43A)

Sendo analfabeto o conduzido, proceder-se-á consoante o artigo 304, § 3º, do CPP.

26 – RT 388/355, 395/307, 517/361 e Rev. For. 158/358.

27 – apud J. L. V. de Azevedo Franceschini, "Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1976, III/443, nº 5.184.

28 – RT 506/390 e 289/301.

29 – RT 546/379.

30 – "Jurisprudência Catarinense" 11-12/331 e RT 537/337.

31 – HC nº 53.219, RJ, 1ª T. do STF, v.u., em 15.4.75, rel. Min. Aliomar Baleeiro, in DJU de 24.6.75, págs. 4.498-9.

32 – Rev. For. 153/412.

32-A – ob. cit., pág. 393.

De outro turno, requisito formal de validade da prisão em flagrante desponta também da indeclinabilidade de menção da flagrância, consignando-se o motivo fático de sua admissibilidade. Nessa conjuntura, se o auto silencia e deixa de esclarecer onde, como, quando e por que foi preso o conduzido, ressentir-se-á de eiva que invalidará a prisão.^(32-B)

Se o preso for menor de vinte e um anos, imperioso será que lhe seja nomeado um curador, sob pena de resultar ineficaz e juridicamente inválido o auto de flagrante.⁽³³⁾

"A nomeação de curador destina-se a integrar a capacidade do menor. Sua presença é necessária em todos os atos a que este compareça. Ora, se o auto de flagrante não prescinde da presença do indiciado e se este, menor, se faz presente sem a assistência devida, é óbvio que a prisão que dele resulta não pode subsistir" (ac. un. da 2ª Câmara. Crim. do TJ do DF, em 9.4.59, no HC nº 15.810, rel. Des. Nelson Hungria).⁽³⁴⁾ Nada impedirá, contudo, nessa hipótese, a decretação da prisão preventiva do indiciado – no mesmo despacho que invalidar o flagrante – desde que ocorrente um dos três fins que a autorizam (nº 6).

Havendo mais de um indiciado e sendo eles menores, não invalidará a prisão em flagrante efetivada a nomeação de único curador para todos eles, pois tem esta atividade simplesmente fiscalizadora e de vigilância (RT. 683/363), ainda quando conflitantes as suas versões.

Lavrado o flagrante, dentro do interstício de vinte e quatro horas há de ser dada nota de culpa ao preso, com a menção dos dados insculpidos no artigo 306 do caderno adjetivo penal, comunicando-se a prisão, outrossim, ao Juízo competente.

Já se tem entendido que a ausência da entrega da nota de culpa constitui mera irregularidade, não viciando ou neutralizando o flagrante efetuado com embasamento jurídico, não rendendo, por conseguinte, ensanchas para o seu relaxamento.⁽³⁵⁾

A falta de comunicação da prisão ao Juiz competente constitui falta funcional ou, conforme o caso, registra Mirabete, o crime de abuso de autoridade (art. 4º, "c", da Lei nº 4.898/65), mas não torna nulo o auto de flagrante.⁽³⁶⁾

De outro turno, ainda é Mirabete quem ressalta, pequenos vícios formais, como ausência de assinatura, de grafia errônea do nome do acusado... não excluem a prisão nem viciam o inquérito ou a ação penal subsequente.⁽³⁷⁾

Não determina o CPP o prazo dentro do qual há de estar ultimada a lavratura do auto de flagrante. Em princípio, deve ser lavrado tão logo seja o conduzido apresentado à autoridade. Porém, editando o artigo 306 que a nota de culpa há de ser entregue ao preso dentro do interstício de vinte e quatro horas, e pressupondo esta entrega auto já lavrado, dessume-se que, dentro do interregno declinado (24 horas), há de estar terminada a lavratura. Nada impede, conseqüentemente, que o auto seja lavrado até mesmo no dia seguinte ao da apresentação do preso.⁽³⁸⁾

No entanto, com o advento da Lei nº 6.416/77, que introduziu parágrafo único ao artigo 310 do CPP, a questão da imprestabilidade do auto perdeu parte de seu interesse.

Anteriormente ao diploma legal citado, a prisão em flagrante subsistia por si mesma, desde que presentes os pressupostos fáticos que desenhavam sua admissibilidade e satisfeitos os requisitos formais requestados para a lavratura do auto. Nada obstava, porém, que, existindo concomitantemente motivo permissivo de decretação da prisão preventiva,

32-B – RT 465/347 e 476/409.

33 – RT 412/94, 461/414, 498/353, 543/412, 553/422, 563/382.

34 – apud H. Dantas de Freitas e J. Rangel de Almeida, "Repertório de Jurisprudência – Código de Processo Penal", Max Limonad Editor, 2ª tiragem, 1/19-20, nº 8.

35 – RT 615/321. Contra: Mirabete, ob. cit., pág. 366, e Fernando Tourinho Filho, ob. cit., pág. 398.

36 – ob. cit., pág. 364. Igual: Fernando Tourinho Filho, ob. cit., págs. 398-9.

37 – loc. cit.

38 – cf. RT 231/59, 238/96, 567/286, 683/347, JTACrimSP 49/107, 53/197. Contra: Fernando Tourinho Filho, ob. cit., pág. 395.

fosse ela decretada em substituição à em flagrante, quando esta repousasse em qualquer eiva que tinsse sua validade (ver nº 6). Entretanto, se não houvesse, paralelamente, motivo ensejador da custódia preventiva, outra solução não havia senão a do relaxamento da prisão em flagrante, diante de irregularidade na sua efetivação ou lavratura.

Hodiernamente, contudo, a prisão em flagrante não mais se sustém isoladamente, condicionada que está a sua manutenção à ocorrência simultânea de um dos pressupostos da prisão preventiva (cf. nº 1). Desta sorte, qualquer irregularidade verificada na efetivação da prisão em flagrante ou na lavratura do auto que a estampa resolve-se, hoje, pela decretação da custódia preventiva, salvo se não houver qualquer dos pressupostos permissivos da preventiva, caso em que a soltura far-se-á indeclinável.

6 – Relaxamento da prisão

Relaxar significa afrouxar, desapertar.

Constitui o ato pelo qual o Juiz, ou mesmo em conotação excepcional a autoridade policial⁽³⁹⁾, proclama a inviabilidade da prisão em flagrante, por desatender aos pressupostos fáticos de sua admissibilidade (nº 2) ou por ressentir-se o auto de tisa formal que o inquiline e torne irritado.

Em suma: azado e imperioso é o relaxamento do flagrante quando não satisfizerem o auto os pressupostos materiais ou formais de legitimidade da prisão em apreço.

Decretado o relaxamento da prisão, deverá o preso imediatamente ser restituído à liberdade, prosseguindo-se, contudo, nas investigações policiais para a ultimação do inquérito começado pelo flagrante, para futura *persecutio criminis in iudicio* ou mesmo arquivamento.

Consigne-se, ainda, inexistir óbice em substituir o decreto de prisão preventiva ao despacho de relaxamento da prisão em flagrante.⁽⁴⁰⁾

Não procede afirmar-se, *venia concessa*, que “o decreto de prisão preventiva destinado a sustentar uma prisão ilegal é formalmente nulo, por contrariar o princípio constitucional que manda proceder ao seu relaxamento” (RT 461/410).

Ambas as modalidades de prisão provisória embasam-se em pressupostos objetivos distintos e diversos, de modo que a conversão do flagrante em preventiva não enseja qualquer antinomia ou incompatibilidade. Hodiernamente, ademais, diga-se em reforço, a prisão em flagrante estreita-se com a modalidade provisória preventiva, pois só é de ser mantida se também ocorrentes os motivos ensejadores de decretação desta última (nº 1).

Ressumbrando evidente e clamoroso do auto que o conduzido agiu sob o pálio legal de proteção de uma das causas de exclusão da antijuridicidade (art. 23, CP), ensanchas inexistem para o relaxamento de auto material e formalmente perfeito, sendo o caso, por conseguinte, de concessão do benefício da liberdade provisória (art. 310, *caput*, CPP).

Efetivado flagrante formalmente perfeito e em ordem, será o conduzido incontinentemente devolvido à liberdade quando se livrar solto (art. 321, CPP), consoante determinado pelo artigo 309 do estatuto procedimental, ou se, afiançável a infração, for prestada a caução.

39 - O art. 304, § 1º, do diploma penal adjetivo, em sua exegese a *contrario sensu*, admite que a autoridade policial, se não resultar das respostas do conduzido fundada suspeita, não o recolha à prisão. Significa, portanto, que poderá proceder ao relaxamento do flagrante, colocando o capturado em liberdade. Essa faculdade atine, porém, unicamente com irregularidade material, e não formal (é a falta de pressuposto fático de admissibilidade). Todavia, como não tem a autoridade policial o poder para arquivar autos de investigação, deverá, ainda assim, prosseguir com o inquérito, enviando-o ulteriormente ao Juízo para o que couber.

40 - RT 442/428-430 e 432, 509/445, 514/446, 515/412, 532/386, 552/400, 609/391 e RTJ 86/124.

7 – Flagrante forjado, esperado e preparado.

Em sede de prisão em flagrante, cumpre diferenciar-se o **flagrante forjado**, **flagrante esperado** e **flagrante preparado**, para que não se estabeleça confusão entre essas espécies.

No **flagrante forjado**, há prática policial constitutiva de encenação criminosa, mero simulacro da ocorrência de um delito. Em verdade, o detido crime algum cometeu, projetando-se sobre seus ombros, por ocasião da segregação flagrancial, responsabilidade sobre episódio típico inexistente, forjado e criado por agentes policiais com o desiderato de justificar o ato da prisão, muitas vezes de um desordeiro até então infenso às malhas da Justiça. Desordeiro ou inocente o detido, trata-se de prática policial condenável e recriminável, merecedora de repúdio geral, a requerer, quando descoberta, punição sob as égides disciplinar e penal. Tem sido realizada por policiais despreparados e mal-intencionados, que constroem artificialmente o ilícito, integrantes de uma minoria desonesta que macula e compromete o bom nome, prestígio e nobreza de toda uma classe, empenhada na ingente tarefa de combate ao crime.

Ocorrendo flagrante forjado, indubitável é que nada há para se atribuir, em termos penais, ao detido, incauto inocente, vítima de profligável urdidura.

No **flagrante esperado**, o detido efetivamente age e desenvolve toda uma atividade para o cometimento do delito, mas é surpreendido por agentes policiais que, de prontidão, já o aguardavam, mediante conhecimento antecipado da ocorrência delitiva, obtido por delação anônima ou no curso de investigações.

Na espécie ora em epígrafe, nota Heleno Claudio Fragoso, a ação delituosa é previamente conhecida, sem ter sido provocada, dando-se a seu autor, somente, tomadas as devidas precauções, o ensejo de agir.⁽⁴¹⁾

Já no **flagrante preparado**, é o detido induzindo, instigado, acoroçoado, estimulado ou sugestionado à prática do crime por agentes policiais que, através da dissimulação, o convencem à realização da empreitada, para surpreendê-lo, posteriormente, quando é o delito tentado.

Fazem-se os agentes policiais, conseqüentemente, de **agentes provocadores** e conseguem induzir - aponta Hungria - à execução de tal ou qual crime indivíduos suspeitos da autoria de crimes anteriores da mesma espécie, para poderem, assim, confundirlos, previamente resguardado de qualquer perigo o bem ou interesse tutelado pela lei penal.⁽⁴²⁾

Ocorre, assim, o que se denomina, em doutrina, crime de ensaio ou de experiência.

Sob esse prisma é que a questão se insinua e propõe para enfoque, reclamando deslinde jurídico na seara da tentativa para a constatação da validade do flagrante dessa forma efetivado.

Tendo o sujeito ativo iniciado a execução de delito que lhe fora sugerido, não consumado por circunstância alheia à sua vontade, haveria o **conatus** ou, diante da eficiente atuação policial, impeditiva da consumação, ocorreria o crime impossível?

É indagação para a qual insta conflua uma resposta.

Propendendo para a afirmativa a resposta à primeira hipótese, legítima e regular ressurtirá a prisão em flagrante. Propugnando-se pelo descortino do crime impossível, o flagrante deverá ser relaxado, por carência de pressuposto de admissibilidade, em face da atipia do fato.

Digamos, à guisa de ilustração, que agentes policiais quisessem prender Estulano em flagrante, para evitar que este, como gatuno e meliante contumaz, continue cometendo furtos em residências de determinado bairro da cidade. Para esse mister, preparam o

41 - “Jurisprudência Criminal”, Editor Borsoi, 1973, I/171, nº 138.

42 - “Comentários ao Código Penal”, Forense, 1958, vol. I, tomo II, pág. 107.

seguinte ardil: conseguem que um morador lhes ceda sua residência e fazem chegar ao conhecimento de Estulano que os proprietários da casa estão viajando e que no interior do domicílio existem jóias e quadros valiosos. Estulano cai no engodo e, animado, vai até a casa, na qual os policiais, escondidos, o esperam para a prisão em flagrante. Esta, a final, se efetiva, quando Estulano empolgava e se assenhoreava dos pertences, colocando-os em uma valise.

No caso figurado, ganha contornos polêmicos a questão.

É atribuível a Estulano a tentativa de furto ou, ao contrário, cuida-se de mero crime impossível, pela eficiente e eficaz intervenção policial, impeditiva da consumação?

Esse o *punctum pruriens*, que cumpre seja abordado para o desate jurídico do problema.

Nos Estados Unidos, observa Heleno Claudio Fragoso, a provocação ao crime, conhecida como *entrapment* é declarada um processo policial ilegítimo, pois a polícia é paga para prender os criminosos, não para criá-los.⁽⁴³⁾

Nelson Hungria preconiza, em situações desse jaez, ser inexistente qualquer delito, mesmo em grau de tentativa, porque tonaliza a espécie o crime putativo.

Abordando a questão, escreve o consagrado penalista que somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia. O desprevenido sujeito ativo opera dentro de uma pura ilusão, pois, *ab initio*, a vigilância da autoridade policial torna impraticável a real consumação. Um crime que, além de astuciosamente sugerido e ensejado ao agente, tem suas consequências frustradas por medidas tomadas de antemão, não passa de um crime imaginário.⁽⁴⁴⁾

O verbete nº 145 do Supremo Tribunal Federal, apreciando a hipótese, enfatiza que "não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

A súmula citada, dessarte, desloca o problema para os domínios do crime impossível, ao contrário de Hungria, que preferiu situá-lo no terreno do delito putativo.

Antolha-se nos melhor e mais consentânea, nesse aspecto, a posição pretoriana, no que atine com a fixação do enfoque jurídico do problema, não porém com sua solução.

Não se há de falar, *concessa venia*, em crime putativo ou imaginário quando, em tese e abstratamente considerado, o fato que se almejava cometer encontra-se definido e consagrado como crime na lei penal, quando para ele haja um tipo que o preveja.

Para a égide do delito impossível, portanto, há de propender a apreciação jurídica da questão, para o deslinde que se fizer cabível.

Como doutrina Anibal Bruno, no caso, embora a inidoneidade não exista no meio ou no objeto, existe no conjunto das circunstâncias, adrede preparadas, que eliminam a possibilidade de constituir-se o crime.⁽⁴⁵⁾

Não obstante, dentro desta ótica, afigura-se nos perfaça o comportamento do delinqüente, no contexto do crime de ensaio, a figura penal da tentativa, válida e regular despontando, conseqüentemente, a prisão em flagrante que se efetivar.

Embora a frustração do momento consumativo do ilícito decorra de eficiente atuação policial, não se há de desdenhar e olvidar a margem de possibilidade com que contava o agente, não obstante pequena e quicá insignificante, para burlar e ludibriar a vigilância que lhe era exercida, de modo que poderia ter consumado o delito a que fora provocado e induzido.

Por conseguinte, para que se fizesse azado o reconhecimento jurídico do delito impossível, imperioso seria que o dano sobressaísse totalmente incogitável, não estam-

pando qualquer potencialidade. Se assim não sucede, o bem jurídico tutelado, com o início de execução por obra do agente, é exposto a uma situação de perigo, dado este configurador da tentativa.

Ora, se não é possível desprezar-se, por menor que se apresente, uma perspectiva de consumação, se há um vislumbre ou aceno da possibilidade de êxito do sujeito ativo, inelutável é que a inidoneidade adquire natureza relativa, corporificando assim o *conatus*.

Os que sustentam opinião diversa – acertadamente ressalta Magalhães Noronha – deveriam explicar qual a solução que dariam se, não obstante todas as providências tomadas, o executor lograsse a consumação, o que, certamente, não seria sobrenatural.⁽⁴⁶⁾

Frise-se aqui que, conforme a hipótese, inclusive o agente policial provocador pode ser responsabilizado penalmente pelo crime induzido, por força da co-autoria.⁽⁴⁷⁾

Aceitando-se todavia a tese do crime impossível em face do flagrante preparado (posição que não sufragamos), bem é de ver-se que o induzimento feito por agentes policiais à ação criminosa não elide o delito quando, cuidando-se de crime de ação múltipla alternativa, já houver o agente, ao realizar a ação induzida e nela ter sido flagrado, anteriormente perpetrado outra das ações incriminadas.

Incabível cogitar-se de crime impossível, na espécie, pela verificação de flagrante provocado.

É o que ocorre *verbi gratia*, com o crime de tráfico de entorpecentes.

De feito.

O preceito típico que inscreve o delito em epígrafe abriga, em sua estrutura, conteúdo variável, erigindo-se como crime da classe, categoria, estirpe e grupo dos de ação múltipla alternativa.

Desta sorte, face ao tipo legal delitivo que condensa o comportamento criminoso em tela, necessária não é a realização de todos os elementos nucleares para a subsunção, encarte e descortino típicos do episódio. Uma só das ações típicas incriminadas que se perpetre é suficiente para a adequação típica.

Assim, se o ato dos policiais de simulação ou encenação da condição de usuários do entorpecente, com o escopo de ser efetivada a prisão, esboroa o ato da mercancia, tornando-o delito impossível (a admitir-se a tese), cumpre porém obtemperar-se que não comale ou confuta os atos anteriores com visos típicos.

Isso porque o crime em apreço se corporifica e tonaliza não somente pelo ato da venda do tóxico, mas também pelo comportamento de se o manter em depósito com o desiderato voltado à comercialização.

Por conseguinte, se o flagrante assim efetivado ressentir-se de eiva ou tísna no atinente à venda de entorpecente, já que esta fora induzida, convinável é atentar-se que o fato de se ter em depósito o tóxico não sobeja comprometido pela diligência policial, posto que a precedeu e não teria sido de qualquer forma induzido.

De tal arte, não se cogita de flagrante preparado na venda de entorpecente feita a policiais se o crime era preexistente à atuação policial, pela simples posse finalística da substância.⁽⁴⁸⁾

43 - ob. cit., loc. cit.

44 - ob. cit., vol. I, tomo II, pág. 107.

45 - "Direito Penal", Forense, 1967, II/127.

46 - "Direito Penal", Saraiva, 1978, I/142.

47 - cf. nosso "Direito Penal - Parte Geral - Estrutura do Crime", Ed. Universitária de Direito - LEUD, 1993, nº 45.

48 - cf. RT 656/377 e RTJ 108/174.